



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Gleichheit im Unrecht“

Dissertation vorgelegt von Felix Bangel

Erstgutachter: Prof. Dr. Martin Borowski

Zweitgutachter: Prof. Dr. Peter Axer

Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie

I.

Der Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ findet sowohl in zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen als auch in der Verwaltungspraxis Anwendung, ohne dass dabei eine vertiefte Charakterisierung oder Begründung überhaupt für erforderlich gehalten wird. Es hat sich ein weitgehender Konsens gebildet, dass Gleichheit nur im Einklang mit geltendem Recht verwirklicht werden könne. Dies erscheint auf den ersten Blick nachvollziehbar. Eine in der Vergangenheit liegende rechtswidrige Entscheidung der Verwaltung soll nicht dazu führen, dass eine dritte Person auf eine ebenso rechtswidrige Gleichbehandlung besteht. Bei näherer Betrachtung ist diese Lösung hingegen nicht befriedigend. Dies gilt insbesondere aus der Perspektive des Dritten, dem eine eigene Begünstigung nicht zuteilwird. Ihm ist es nämlich darüber hinaus auch versagt, gegen die Erstentscheidung vorzugehen, weil ihm diesbezüglich ein subjektives Recht nicht zusteht (keine „Popularklage des Neides“). Daher stellte sich im Rahmen der Arbeit die Frage, ob unter Berücksichtigung der Perspektive dieser dritten Person der Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ wirklich ausnahmslos gelten kann.

II.

Zur Beurteilung dieser Frage war eine Einordnung des Grundsatzes in die Strukturen der Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes erforderlich. Dabei bedurfte zunächst die Begrifflichkeit der „Gleichheit im Unrecht“ einer näheren Untersuchung. Hierbei stellte sich insbesondere die Frage, was unter „Unrecht“ zu verstehen ist, welchen Rang die verletzte Norm also innehaben muss bzw. welche Eigenschaften einer Norm dazu führen können, damit ein Verstoß „Unrecht“ darstellt. Diesbezüglich war ein Rückgriff auf Art. 20 Abs. 3 GG erforderlich, der als Mindestmaß einen Verstoß gegen „Recht und Gesetz“ festlegt. Art. 20 Abs. 3 GG bindet staatliches Handeln an bestehende Normen. Als Ergebnis war daher festzuhalten, dass solche Normen nicht erfasst sein können, die lediglich im Binnenrecht eigenständige Bindungskraft entfalten. Konsequenz war, dass rein binnenrechtliche Vorschriften nie „Unrecht“ in diesem Sinne sein können. Ein Anspruch aus „Gleichheit im Unrecht“ scheidet dann aus. Entfaltet eine Norm hingegen Außenwirkung, unterfällt sie dem Gesetzesbegriff des Art. 20 Abs. 3 GG, gleich, welchen Ranges sie auch sein mag. Diskussionswürdig war vor allem die Außenwirksamkeit von Verwaltungsvorschriften. Als allgemeine Anordnung vorgesetzter Behörden bzw. Behördenleiter gegenüber nachgeordneten Stellen ist Adressat regelmäßig nicht der Bürger. Dabei konnte festgestellt werden, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften ausnahmsweise normsetzenden Charakter haben, weil eine administrative exekutivistische Standardisierungsbefugnis vorliegt. Aufgrund ihrer Außenwirkung sind sie Maßstab und nicht nur Gegenstand gerichtlicher Kontrolle, sodass sie dem Gesetzesbegriff des Art. 20 Abs. 3 GG unterfallen und ein Verstoß „Unrecht“ darstellt.

III.

Zu untersuchen war weiterhin die Begrifflichkeit der „Gleichheit im Unrecht“ im Ganzen. Im Laufe der Zeit wurden in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Fallkonstellationen definiert, die zu einer allgemeingültigen Lösung für die Problematik der „Gleichheit im Unrecht“ führen sollten, z.B. die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung, zwischen beendetem und unbeendetem Verwaltungshandeln oder auch eine Differenzierung nach dem Klägerbegehren. Am häufigsten fand sich die Unterscheidung zwischen Ermessensverwaltung und gesetzesakzessorischer Verwaltung. Überzeugen konnte im Ergebnis keine dieser Differenzierungen. Eine vorab genommene, pauschale Differenzierung wird der Komplexität der „Gleichheit im Unrecht“ nicht gerecht und bot sich daher nicht an.

IV.

Sodann war die „Gleichheit im Unrecht“ dogmatisch zu rekonstruieren. Grundlage eines jeden Gleichbehandlungsanspruchs unter Berufung auf eine fortdauernde Verwaltungspraxis ist die Selbstbindung der Behörde. Danach müssen – sofern den Verwaltungsbehörden Ermessensspielräume eingeräumt wurden, das Gesetz bezüglich konkreter Rechtsfolgen also schweigt – gleiche Sachverhalte gleich entschieden werden. Die Konstruktion der Selbstbindung der Verwaltung bedarf dabei stets einer Transformationsnorm. Vereinzelt wurde vertreten, dass der Vertrauensschutz eine solche Transformationsnorm darstelle. Dem konnte jedoch nicht gefolgt werden. Fraglich war dabei schon, ob die bloße Existenz einer Verwaltungspraxis zur Begründung in sie gesetzten Vertrauens überhaupt geeignet ist. Schließlich kann diese durch Einzelweisungen durchbrochen werden, um dem permanenten Anpassungs- und Justierungsbedarf gerecht zu werden. Die einer Rechtsnorm gleiche Fixierung über den Vertrauensschutz liefe diesem Zweck zuwider.

In Betracht kam daher allein eine Selbstbindung der Verwaltung über den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die Verwaltung verstößt demnach gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn sie in Einzelfällen ohne sachlichen Grund von ihrer bisherigen Vorgehensweise abweicht, wobei als Vergleichsfall entgegen einiger Stimmen, die u.a. auf eine ständige Verwaltungspraxis oder gar die Verwaltungsvorschrift selbst abstellen wollen, allein die erstmalige Anwendung der Verwaltungspraxis in Betracht kam. Die neu entstandene Verwaltungsvorschrift muss daher ab der ersten Anwendung am allgemeinen Gleichheitssatz gemessen werden.

Fragwürdig erschien bei der Bearbeitung die Übertragbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG als Transformationsnorm für die Selbstbindung der Verwaltung „im Unrecht“. In diesem Zusammenhang stellte sich heraus, dass für diese oftmals erneut auf den Vertrauensschutz als Transformationsnorm zurückgegriffen wurde. Gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG böte die Konstruktion über den Vertrauensschutz den Vorteil, dass aus ihm keine dauerhafte Wirkung für die Zukunft entstehe, „Unrecht“ damit nicht zur Regel werden könne, weil dem Vertrauensschutzprinzip die Dynamik fehle, die Verwaltung dauerhaft zur Übertretung der Unrechtsgrenze zu zwingen. Dies erschien indes problematisch: Das Vertrauensschutzprinzip würde ohne Not noch weiter ausgedehnt. Darüber hinaus handelt es sich bei der Gleichbehandlung um den Kernbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes. Sinnvoll erschien es daher, auch im Rahmen der „Gleichheit im Unrecht“ auf Art. 3 Abs. 1 GG als Transformationsnorm zurückzugreifen.

V.

Zu untersuchen war daher, ob die Behörde auch „im Unrecht“ angehalten werden kann, an ihrer bisherigen Ermessensbetätigung festzuhalten. Dabei kristallisierten sich drei Theorien heraus: Die enge, die erweiterte enge und die weite Tatbestandstheorie.

Nach der engen Tatbestandstheorie existiert „Gleichheit im Unrecht“ schon dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG nach nicht, weil dieser nur Gleichheit „vor“ dem, nicht aber „gegen das“ Gesetz gewähre. „Keine Gleichheit im Unrecht“ sei daher ein Grundprinzip des Verwaltungsrechts, das nicht durch eine abweichende Verwaltungspraxis aufgehoben werden könne. Der allgemeine Gleichheitssatz finde seine Grenze stets am Gesetz. Das ergebe sich auch aus dem Art. 20 Abs. 3 GG entnommenen Rechtsstaatsprinzip. Aus Art. 3 Abs. 1 GG könne ein Anspruch des Grundrechtsberechtigten auf inhaltlich unrichtige Anwendung des Gesetzes nicht hergeleitet werden, weil die Rechtswidrigkeit kein tertium comparationis des Vergleichs sei. Zu befürchten sei zudem eine Absenkung des Standards auf „gleich miserables Unrecht“, weil die Einbeziehung faktischer Aspekte die auf „Gleichheit im Recht“ gerichtete Allgemeinheit des Gesetzes überstrapazieren würde. Prämisse dieser Argumentation ist demnach, dass „Gleichheit“ keinen Wert an sich darstellt, weil „Gleichheit“ kein legitimes Anspruchsziel sein könne, wenn daraus einfachgesetzwidriges Verwaltungshandeln resultieren würde. Gleichheit könne gegenüber der Freiheit immer nur dienende Funktion annehmen. Darin sei eine Entscheidung der Verfassung gegen unterschiedslose Egalisierung zu erkennen.

Dem konnte nicht gefolgt werden. In zwei Situationen, die bis auf das Bestehen einer einzigen rechtlichen Ungleichheit völlig gleich sind, ist diejenige vorzuziehen, bei der diese rechtliche Ungleichheit nicht besteht, sodass Parallelität zwischen rechtlicher Gleichheit und negativer Freiheit besteht. Gleichbehandlung ist geboten, wenn keine zureichenden Gründe für eine unterschiedliche Behandlung vorliegen. Der Gleichheitssatz ist Ausdruck einer überpositiven (bzw. in der Verfassung teilpositivierten) Rechtsidee, die als ein dem Menschen angeborenes Recht gilt. Diese Anerkennung rechtlicher Gleichheit als Wert an sich spricht gegen die enge Tatbestandstheorie. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Anspruch auf Gleichbehandlung nur dann gerechtfertigt sein soll, wenn eine rechtmäßige Erstentscheidung bereits vorhanden ist. Der Inhalt der Gleichbehandlung definiert sich nicht über die Rechtmäßigkeit der Erstentscheidung, sondern allein über die Gleichheit selbst. Darüber hinaus geht der Verweis auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG fehl. Bei einem derart strikten Verständnis müsste die Frage nach dem Sinn des allgemeinen Gleichheitssatzes gestellt werden, weil dieser neben Art. 20 Abs. 3 GG jede Bedeutung verlöre. Zudem wird auch in anderem Zusammenhang, beispielsweise bei der Bindung der Legislative an den allgemeinen Gleichheitssatz nicht streng auf den Wortlaut abgestellt. Jedenfalls aber kann Art. 20 Abs. 3 GG keine absolute Grenze darstellen, weil es sich bei Art. 3 GG und diesem um gleichrangige Verfassungsnormen handelt, von denen keine die absolute Grenze der anderen darstellen kann. Das gilt auch dann, wenn das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung infrage steht.

Als Sonderform der engen Tatbestandstheorie konnte die „erweiterte enge Tatbestandstheorie“ definiert werden. Nach ihr soll „Gleichheit im Unrecht“ dem Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes grundsätzlich unterfallen. Folge wäre danach eine Abwägung im Sinne einer weiten Tatbestandstheorie. Indes soll die Abwägung nach der erweiterten engen Tatbestandstheorie immer gleich entschieden werden. Die „Gleichheit im Unrecht“ wird bereits im Vorhinein abgelehnt, weil eine Abwägung stets zugunsten der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG ausgehen müsse. Das Recht des einzelnen auf Gleichbehandlung entgegen unterverfassungsrechtlichem Recht habe dagegen immer zurückzutreten, womit ein prima-facie-Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ de facto nicht existieren kann. Es handelt sich damit um eine nur vordergründig vorgenommene Abwägung. Eine Abwägung, deren Ergebnis bereits feststeht, ist keine Abwägung im Wortsinne. Dazu werden verschiedene Argumente angeführt, unter anderem, dass die Autorität des Rechts überhaupt verloren ginge und die Verwahrlosung des Rechts hin zu einem bloßen Realitätsabbild drohe. Es gleiche sich mit jeder gesetzeswidrigen, aber gleichheitskonformen behördlichen Entscheidung immer mehr daran an und verlöre Stück für Stück seine leitende Funktion. Zudem könne die Verwaltung Gesetze so anwenden, wie es ihr passe, sodass sie durch bewusst rechtswidrige Entscheidungen mittelbar über den allgemeinen Gleichheitssatz Recht setzen könne, was der Gesetzesbindung der Verwaltung, dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Vorrang des Gesetzes widerspreche. Hinzu käme, dass Verwaltungsvorschriften mittelbar über Art. 3 Abs. 1 GG gesetzesderogierende Wirkung entfalten würden. Es bestehe eine große Ähnlichkeit zur Rechtsverordnung, ohne dass dessen Voraussetzungen aus Art. 80 Abs. 1 GG erfüllt würden. Die Verwaltung könne dann eigenmächtig gesetzlich nicht vorgesehene Eingriffskompetenzen begründen. Außerdem würde auch der Richter über die Selbstbindung der Verwaltung fremdgebunden. Das widerspreche aber Art. 97 GG. Infolge dieser und weiterer Argumente bringe „Gleichheit im Unrecht“ die gesamte Staatsstruktur in Gefahr. Der allgemeine Gleichheitssatz dürfe das Rechtsstaatsprinzip daher inhaltlich nicht bestimmen.

Auch die erweiterte enge Tatbestandstheorie konnte nicht überzeugen. Die vorgenommene Pauschalabwägung von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG ist mit deren Gleichrangigkeit nicht vereinbar. Prima facie muss daher ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ bestehen. Vielmehr ist daher anhand der neuen Formel des Bundesverfassungsgerichts eine Abwägung vorzunehmen, wobei der Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ nicht als Lösung, sondern als Faustregel zu verstehen ist. Art. 20 Abs. 3 GG wird in der Abwägung regelmäßig erhebliches Gewicht zukommen. Darüber hinaus fördert ein ausnahmslos geltender Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ die Rechtssicherheit gerade nicht, sondern kann sich sogar gegenteilig auswirken. Das wird deutlich, wenn die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns in die Wertung mit einbezogen wird. Unzweckmäßiges Verhalten der Verwaltung

würde regelmäßig dazu führen, dass die handelnde Behörde nicht gebunden würde. Das wiederum würde ihr die Möglichkeit eröffnen, auf das immer noch bestehende Verbesserungspotential und die daraus resultierende Zweckmäßigkeit zu verweisen, um so einer Selbstbindung zu entgehen.

Nach der weiten Tatbestandstheorie – der die Arbeit im Ergebnis folgt – verpflichtet der allgemeine Gleichheitssatz grundsätzlich nicht zu richtiger, sondern allein zu gleicher Rechtsanwendung im Sinne aktbezogener Gleichheit, was die Anerkennung von Gleichheit als „Wert an sich“ impliziert. Die Verpflichtung zu richtiger Rechtsanwendung wird demgegenüber allein Art. 20 Abs. 3 GG entnommen. Der Konflikt zwischen Individualgerechtigkeit in Form von „Gleichheit im Unrecht“ und Rechtsstaatlichkeit in Form der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist dann im Rahmen der gem. der neuen Formel vorzunehmenden Abwägung aufzulösen. Das Ergebnis dieser Abwägung ist grundsätzlich offen. Für die weite Tatbestandstheorie streitet dabei insbesondere, dass es inkonsistent erschiene, „Gleichheit im Unrecht“ pauschal abzulehnen, eine Gleichstellung unter Verweis auf das Willkürverbot dann aber doch auch gegen das geltende Recht herzustellen. Daraus lässt sich das grundsätzliche Bedürfnis nach „Gleichheit im Unrecht“ ableiten. Darüber hinaus sei der allgemeine Gleichheitssatz stets der rechtmäßigen Ausführung des einfachen Gesetzes vorzuziehen, weil der Gesetzesverstoß in jedem Falle in Kauf genommen werden müsse – entweder gegen Art. 3 Abs. 1 GG als Verfassungsnorm oder gegen eine einfachgesetzliche Norm unter Wahrung von Art. 3 Abs. 1 GG, wobei der Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz schwerer wiege. Auch führe die erst- bzw. einmalige Nichtanwendung einer Norm nicht zwangsläufig zu einem Zustand dauerhafter Missachtung des Rechts. Von einer Perpetuierung der rechtswidrigen Lage könne nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, da die Notwendigkeit, nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit schnellstmöglich zu einer rechtmäßigen Praxis zurückzukehren, ohne Zweifel weiter bestehe. Auch sei nicht zu befürchten, dass die Verwaltung bei Erkenntnis eines Anspruchs auf Gleichheit im Unrecht Gesetze in Zukunft vorsätzlich so anwendet, wie es ihr passe. Eine Aushöhlung der Rechtsordnung ist nicht gewollt. Der Begründungsbedarf bei einer Entscheidung contra legem ist und bleibt erheblich. Im Übrigen bliebe die grundgesetzliche Kompetenzordnung selbst bei einem definitiven Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ gewahrt, weil nicht Verwaltungsvorschriften über die Selbstbindung der Verwaltung Gesetzesrecht derogieren, sondern der allgemeine Gleichheitssatz, der als Verfassungsnorm auch die dazu erforderliche Kraft besitzt. Gleiches gilt für den vermeintlichen Verstoß gegen Art. 97 Abs. 1 GG, weil der Richter nicht etwa an eine rechtswidrige Verwaltungsvorschrift oder -übung gebunden ist, sondern an den Gleichheitssatz. Zuletzt besitzt der allgemeine Gleichheitssatz Verfassungsrang, sodass sich eine pauschale Abwägung zugunsten der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verbiete. Hinzuzufügen war noch, dass dem Gesetzgeber das Konzept der Befreiung von gesetzlichen Regelungen nicht grundsätzlich fremd ist. Dies zeigen Parallelwertungen in § 277 AO und § 31 Abs. 2 BauGB, wonach jeweils ein Billigkeitserlass ermöglicht wird, auch wenn dieser eigentlich rechtswidrig wäre.

VI.

Die Existenz eines definitiven Anspruchs auf „Gleichheit im Unrecht“ bestimmt sich demnach nach dem allgemeinen Gleichheitssatz, wobei Voraussetzung die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte ist und eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht vorliegen darf. Unter Zugrundelegung der „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts löst eine Ungleichbehandlung höherer Intensität im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung aus, wobei Intensität und Kontrolldichte umso stärker wachsen, je weniger der Grundrechtsträger das Geschehen beeinflussen kann. Erforderlich ist zunächst die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte, wobei sich keine Besonderheiten gegenüber einer Ungleichbehandlung „im Recht“ ergeben. Ist es zu einer Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte gekommen, bedarf dies zunächst eines legitimen Regelungsziels, wobei grundsätzlich jeder legale Zweck in Betracht kommt. In den meisten Fällen ist dies die Wiederherstellung oder Wahrung der Gesetzmäßigkeit des behördlichen Handelns. Dies ist unter anderem wegen Art. 20 Abs. 3 GG ein

legitimes Ziel par excellence. Indes muss die behördliche Vorgehensweise auf eine gleichmäßige Rechtsanwendung gerichtet sein, sie darf also nicht nur vorübergehende Rechtmäßigkeit bezwecken. Durchaus aber darf die Verwaltung Schwerpunkte setzen, wenn z.B. zurzeit Ressourcenknappheit herrscht, dürfte ein Vorgehen nur gegen besonders schwere Fälle noch dem legitimen Ziel der Wiederherstellung bzw. Wahrung der Gesetzmäßigkeit entsprechen. Gleiches gilt bei einer ungesicherten Rechtslage. Bezweckt die Behörde hingegen nur die einmalige Ungleichbehandlung ohne die Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit ihres Handelns und ohne dass einer der obigen Ausnahmefälle vorliegt, ist dies ein erstes Indiz für einen definitiven Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“.

VII.

Die behördliche Ungleichbehandlung muss zur Erreichung des legitimen Ziels auch geeignet sein, es also vollständig erreichen oder dessen Erreichung zumindest fördern. Im Regelfall wird Gesetzeskonformität im Einzelfall zur Verwirklichung der gem. Art. 20 Abs. 3 GG vorgeschriebenen Gesetzmäßigkeit behördlichen Handelns geeignet sein, wenn sie die dauerhafte und gleichmäßige Rückführung der Verwaltungspraxis ins Recht einläuten soll. Geeignetheit liegt hingegen regelmäßig dann nicht vor, wenn der behördliche Zugriff systemlos erfolgt, was zu einem Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ führt. Beendet die Verwaltung die Systemlosigkeit, ist für zukünftige oder wiederholte Eingriffe aber wiederum von der Geeignetheit des behördlichen Vorgehens auszugehen. Unter den besonderen Voraussetzungen von § 48 VwVfG kann die Verwaltung dann sogar mit einer gleichförmigen Rücknahmepraxis Legalität auch für die Vergangenheit wiederherstellen.

Darüber hinaus darf es zur Wiederherstellung der Gleich- und Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns kein milderes Mittel als das rechtmäßige Vorgehen im Einzelfall geben. Art. 20 Abs. 3 GG streitet dabei für die Gesetzmäßigkeit, während Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich die – einfachrechtlich gesehen – rechtswidrige Gleichbehandlung gebietet. Alternativen bestehen nicht, sodass regelmäßig kein milderes, gleich effektives Mittel als die wortlautgetreue Anwendung des Gesetzes bzw. die aus ihr resultierende Ungleichbehandlung besteht.

VIII.

Für einen definitiven Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ darf das behördliche Handeln – die Ungleichbehandlung im Einzelfall – insbesondere nicht angemessen gewesen sein. Weil ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ nach dem Ergebnis dieser Arbeit immer nur prima facie besteht, wird im Konfliktfall regelmäßig die Art. 20 Abs. 3 GG entnommene Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Vorrang haben. Der definitive Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ bedarf als Ausnahme stets erheblichen Argumentationsaufwandes. Ein wichtiger Aspekt ist dabei der Vertrauensschutz. Diejenigen, die sich auf „Gleichheit im Unrecht“ berufen, werden regelmäßig auf den Schutz ihres Vertrauens verweisen. Allerdings wird im Falle rechtswidrigen behördlichen Handelns die Existenz einer schutzwürdigen Vertrauensposition überhaupt angezweifelt, weil die Behörde ja gerade nicht gegenüber dem Grundrechtsberechtigten, sondern ausschließlich gegenüber Dritten gehandelt habe, sodass ein vertrauensbildender, individualisierender Rechtsakt fehle. Der Vertrauensschutz beschränkt sich aber nicht auf individualisierende Rechtsakte. Für ein solch enges Verständnis besteht keine Notwendigkeit. Er ergibt sich in erster Linie aus dem Prinzip der Rechtssicherheit, das eine Beschränkung auf Adressaten eines bestimmten Verwaltungsaktes gerade nicht vorsieht. Die Vertrauensposition muss zudem schutzwürdig sein. Von Schutzwürdigkeit ist regelmäßig dann auszugehen, wenn Vertrauen in die rechtswidrige behördliche Vorgehensweise bestand, wobei Kenntnis von der Rechtswidrigkeit nur dann

schadet, wenn der Bürger gleichermaßen Kenntnis davon hatte, dass die Verwaltung plante, bald zur Rechtmäßigkeit zurückzukehren sowie bei Täuschung, Drohung, Bestechung usw.

IX.

Ziel war es nun, eine Lösung dafür zu finden, wie die Verwaltung nach der Gewährung eines definitiven Anspruchs auf „Gleichheit im Unrecht“ wieder den Weg zurück „in die Rechtmäßigkeit“ finden kann. Dabei bot sich eine Anlehnung an die Rechtsfigur des „prospective overruling“ aus dem Common-Law-System an. „Prospective overruling“ bedeutet, dass eine geplante Rechtsprechungsänderung aus Vertrauensschutzgründen im zu entscheidenden Fall zunächst für einen späteren Zeitpunkt angekündigt, während die bisherige, nunmehr für rechtswidrige gehaltene Rechtsprechung bis zu ebendiesem Zeitpunkt weiterhin praktiziert wird. Das Präjudiz wird demnach zeitlich zurückgestellt. Auf diese Weise wird das Spannungsverhältnis zwischen Vertrauensschutz und Notwendigkeit der Rechtserneuerung schonend aufgelöst. Dabei konnte unter anderem festgestellt werden, dass die „doctrine of prospective overruling“ auch im Common-Law-System nicht unumstritten ist. Sinnvoll erscheint es, zu der aktualisierten Rechtsprechung erst nach einer Übergangszeit mit verspätetem prospektiven Effekt überzugehen.

Auch im Rahmen der „Gleichheit im Unrecht“ bietet sich die Fortgeltung der rechtswidrigen behördlichen Praxis zumindest für eine gewisse Zeit an, um einen „weichen“ Übergang zur Legalität zu ermöglichen. Zwar soll im Gegensatz zum Common-Law-System nicht die Judikative, sondern die Verwaltung ihr bisheriges Handeln in die Rechtmäßigkeit überführen. Auch haben weder Verwaltungsvorschriften noch eine entsprechende Verwaltungspraxis die bindende Kraft, die einem Präzedenzfall im Common-Law-System zukommt. Obwohl den Entscheidungen der Verwaltung die Bindungskraft eines Gesetzes fehlt, entsteht für den Grundrechtsberechtigten durch die unvermeidbar erfolgende Selbstbindung dennoch eine durchaus vergleichbar bindende Wirkung. Ebenso wie die Gerichte des Common-Law-Systems durch Präzedenzfälle ist die deutsche Verwaltung schon nach einmaliger Anwendung der entsprechenden Verwaltungsvorschriften mittelbar über den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden. Bei Aufgabe der rechtswidrigen Praxis sieht sich die Verwaltung mit dem in ebendiese gesetzten Vertrauen konfrontiert. Im Rahmen der Untersuchung fiel auf, dass der Großteil der Argumente, die im Common-Law-System gegen die verspätete prospektive Wirkung angeführt werden, auf die „Gleichheit im Unrecht“ nicht übertragbar sind, einem prospektiven Übergang zur Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns also nicht entgegenstehen.

Daher bot sich an, als Lösung eine Verpflichtung der Verwaltung zu etablieren, bei vorhandenem, schutzwürdigen Vertrauen ihre bisherige rechtswidrige Verwaltungspraxis für einen vorab zu bestimmenden angemessenen Zeitraum beizubehalten und erst nach dessen Ablauf die Rückkehr zur Rechtmäßigkeit zu vollenden. Auf diese Weise kann die Gleichheit in der Zeit gewahrt werden. Der Gleichheitssatz führt dann nicht zum jähen Rechtsbruch, sondern sichert schonende Übergänge. Die Dauer sollte sich nach den Umständen des Einzelfalls richten, z.B. danach, wie ausdrücklich und lange sich die Verwaltung in der Vergangenheit auf die rechtswidrige Praxis berufen hat. Die Übergangszeit kann dann seitens der Verwaltung zur Vorbereitung der Rückkehr genutzt werden, während diejenigen, die berechtigterweise auf die behördliche Praxis vertraut haben, nicht befürchten müssen, dass ein anderer ihnen zuvorkommt und ihr Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ deswegen entfällt. Folge kann aber u.U. kurzzeitig ein vermehrter Verwaltungsaufwand sein, wobei aufgrund des begrenzten Zeitraums dennoch keine unüberblickbare Anzahl Grundrechtsberechtigter bzw. Kläger zu befürchten ist. So können Gleichheitssatz und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auf Dauer miteinander vereint werden. Nach Ablauf der Übergangsfrist entfällt dann die Schutzwürdigkeit des im Anschluss neu

entstehenden Vertrauens, sodass die „Gleichheit im Unrecht“ für diesen Sachverhalt dauerhaft ausgeschlossen ist.